

Tilburg University

Economische ongelijkheid

Zekic, Nuna

Published in:
Arbeidsrechtelijke Annotaties

DOI:
[10.5553/ArA/156866392019013002001](https://doi.org/10.5553/ArA/156866392019013002001)

Publication date:
2019

Document Version
Early version, also known as pre-print

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Zekic, N. (2019). Economische ongelijkheid: Een verkenning vanuit de grondslagen van het arbeidsrecht. *Arbeidsrechtelijke Annotaties*, 13(2), 3-25. <https://doi.org/10.5553/ArA/156866392019013002001>

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

ECONOMISCHE ONGELIJKHEID: EEN VERKENNING VANUIT DE GRONDSLAGEN VAN HET ARBEIDSRECHT

mr. dr. Nuna Zekić¹

1. Inleiding

De grondslagen van het recht zijn belangrijk voor het wetenschappelijke discours. De grondslagen van het arbeidsrecht – ook wel *waarden* of *beginselen* genoemd – bieden ons een kader van waaruit we kunnen reflecteren op de (voorgenomen) hervormingen van het arbeidsrecht. Academics grijpen vaak terug op de waarden van het arbeidsrecht om commentaar te kunnen leveren op wetsvoorstellen en jurisprudentie. Waarden hebben echter stevast een hoog controversieel karakter, zo heeft Nieuwenhuis ons gewaarschuwd.² Dat het arbeidsrecht een coherent en een consistent geheel zou moeten zijn, daarover zullen de meeste juristen het eens zijn.³ Er is echter geen consensus over welke andere waarden of beginselen ten grondslag liggen aan het arbeidsrecht en al zeker niet over wat de grondslagen van het *moderne* arbeidsrecht zouden moeten zijn.

De meesten van ons kennen het preadvies van Van der Heijden en Noordam uit 2001, getiteld ‘De waarde(n) van het sociaal recht’.⁴ De laatste jaren is er veel geschreven over de grondslagen en de functies van het arbeidsrecht, met name in de internationale literatuur.⁵ Guy Davidovs boek ‘*A Purposive Approach to Labour Law*’ is een van de meest invloedrijke bijdragen op dit gebied geweest.⁶ In dit boek noemt Davidov – naast onder andere menselijke waardigheid, democratie en emancipatie – ook *redistributie* of *herverdeling* als een arbeidsrechtelijk doel.⁷ Dit zal niet meteen verbazing wekken; vermoedelijk zullen de meeste arbeidsrechtjuristen zeggen dat het arbeidsrecht (en zeker breder: sociaal recht) inderdaad met redistributie verbonden is. Toch is het helemaal niet vanzelfsprekend om herverdeling als

¹ Universitair hoofddocent, Tilburg University, Tilburg Law School, Departement Sociaal Recht en Sociale Politiek.

² J.H. Nieuwenhuis, *Een steeds hechter verbond. Europa op weg naar Europa*, Amsterdam 2015, p. 10.

³ Opgemerkt moet worden dat het voor het arbeidsrecht al een hele uitdaging is om de coherentie en de consistentie te bewaken gezien het grote aantal rechtsbronnen en de vele wetswijzigingen.

⁴ P.F. van der Heijden & F.M. Noordam, *De waarde(n) van het sociaal recht. Over beginselen van sociale rechtsvorming en hun werking*, Preadvies NJV, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001.

⁵ De Nederlandse literatuur heeft daarentegen betrekkelijk weinig bijdragen gekend (het genoemde preadvies daargelaten) waarin de grondslagen van het arbeidsrecht uitvoerig geanalyseerd worden. Vgl. Noordam die in 1997 schrijft dat het hem opvalt dat een deugdelijke behandeling van het verschijnsel *ongelijkheidscompensatie* in de sociaalrechtelijke literatuur ontbreekt, F.M. Noordam, ‘Een kontje van de wetgever’, in L. Betten et al. (red.), *Ongelijkheidscompensatie als roode draad in het recht*, Deventer: Kluwer 1997, p. 107.

⁶ G. Davidov, *A Purposive Approach to Labour Law*, Oxford University Press 2016.

⁷ Davidov 2016, p. 57.

een van de doelen van het arbeidsrecht te noemen. Het arbeidsrecht raakt misschien wel aan distributieve vraagstukken, maar kunnen we werkelijk zeggen dat herverdeling een van zijn doelen is? Een snelle blik op de Nederlandse arbeidsrechtelijke literatuur leert dat dit onderwerp niet grondig is behandeld. Van der Heijden en Noordam hebben herverdeling (of iets wat daarop lijkt) in ieder geval niet als een van de ‘basiswaarden’ genoemd. Ze noemen *non-discriminatie* wel als basiswaarde, maar werken deze summier uit.⁸ Bovendien lijkt herverdeling iets anders te impliceren dan (enkel) gelijke behandeling of non-discriminatie. Of is herverdeling juist meer verbonden met *ongelijkheidscompensatie*, die andere, welbekende ‘grondslag’ van het arbeidsrecht? Wat verstaan we er met andere woorden onder? Redistributie als doel of grondslag van het arbeidsrecht, roept dus allerlei vragen op.

De overkoepelende vraag van deze bijdrage is: kan redistributie als een van de doelen van het arbeidsrecht genoemd worden en zo ja, op welke manier draagt het arbeidsrecht daaraan bij? Redistributie wordt hier breed opgevat: het gaat om herverdeling van middelen, macht en risico’s. Dit is een belangrijke en actuele vraag ook voor het moderne arbeidsrecht. Sinds de financiële crisis staat de groeiende inkomens- en vermogensongelijkheid (weer) volop in de schijnwerpers. De groeiende ongelijkheid wordt als één van de urgentste uitdagingen van onze tijd genoemd.⁹ Ook organisaties als de OESO en de IMF hebben de aandacht hierop gevestigd.¹⁰ De VN heeft het terugbrengen van economische ongelijkheid opgenomen in de *Sustainable Development Goals*, die ook voor landen als Nederland gelden.¹¹ Ook nu het beter gaat met de economie, blijft het onderwerp regelmatig terugkeren. In 2018 meldt het CBS dat de kloof tussen de lage en de hoge inkomens in Nederland wederom is gegroeid.¹² We worden regelmatig geconfronteerd met berichten over achterblijvende loongroei.¹³ Als redistributie inderdaad een van de grondslagen van het arbeidsrecht is, dan zijn dit problemen die het ook arbeidsrecht aangaan?

Deze bijdrage heeft als doel de relatie tussen het arbeidsrecht en redistributie vanuit de grondslagendiscussie te verkennen. Dat gebeurt in het kader van de hedendaagse uitdagingen, waarbij de groeiende economische ongelijkheid de voornaamste is. Hoewel ook geput wordt uit internationale theoretische geschriften over ongelijkheid en arbeidsrecht, wordt de problematiek met name vanuit het Nederlandse recht geïllustreerd. Eerst volgt een korte beschrijving van de recente ontwikkelingen in onze kennis op dit gebied – meestal vanuit de

⁸ J. Van Slooten, ‘Non-discriminatie als basiswaarde in het sociaal recht’, in: Van der Heijden-bundel 2013, p. 51.

⁹ Zie bijv. World Bank Group, *Poverty and Shared Prosperity 2016. Taking on Inequality*, Washington 2016.

¹⁰ OECD, *In it together: Why less inequality benefits all*, OECD Publishing, Paris, 2015; OECD, *Divided We Stand: Why Inequality Keeps Rising*, OECD Publishing, Paris 2011; IMF, *World Economic Outlook*, April 2017.

¹¹ UN General Assembly, Res. 70/1, *Transforming Our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development*, September 25, 2015, p. 21: ‘Goal 10: Reduce inequality within and among countries’.

¹² CBS, ‘Verschil in loon tussen top en gewone werknemer nam toe’, mei 2018, <https://www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2018/18/verschil-in-loon-tussen-top-en-gewone-werknemer-nam-toe>.

¹³ J. Witteman, ‘Hoe kan het toch dat de lonen maar niet stijgen?’, De Volkskrant 3 november 2017; M. Badir, ‘Besteedbaar inkomen van huishoudens staat al bijna veertig jaar vrijwel stil’, RaboResearch Economisch Onderzoek 5 februari 2018, <https://economie.rabobank.com/publicaties/2018/februari/besteedbaar-inkomen-huishoudens-nederland-staat-vrijwel-stil/>; CBS, ‘Doorsnee inkomen werkenden al 10 jaar vrijwel constant’, maart 2019, <https://www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2019/12/doorsnee-inkomen-werkenden-al-10-jaar-vrijwel-constant>.

economische literatuur afkomstig (paragraaf 2). Interessant zijn de verklaringen voor de groeiende ongelijkheid, die in paragraaf 3 in grote lijnen worden behandeld. Paragraaf 4 maakt de vertaalslag naar de grondslagen van het arbeidsrecht. Hoe moeten we economische (on)gelijkheid plaatsen in de grondslagendiscussie? In paragraaf 5 wordt dieper ingegaan op een aantal specifieke delen van het arbeidsrecht die de economische ongelijkheid in positieve of negatieve zin kunnen beïnvloeden. Paragraaf 6 sluit af met conclusies.

2. Groeiende economische ongelijkheid

Hoewel economische ongelijkheid een typisch ‘economisch’ onderwerp is, is het een lange tijd gemarginaliseerd geweest in economische studies. Het onderwerp heeft in de afgelopen jaren aan gewicht gewonnen, toch behoort het nog steeds niet tot de belangrijkste onderzoeksonderwerpen in de economie.¹⁴ Volgens Atkinson heeft dit te maken met het feit dat onder economen de overtuiging leeft dat economische *groei* veel meer dan (re)distributie de potentie heeft de levensstandaard van mensen te verbeteren.¹⁵ Zoals gezegd staat economische ongelijkheid echter weer in de schijnwerpers. De Franse econoom, Thomas Piketty, heeft hier een grote bijdrage aan geleverd. Zijn boek, *Capital in the Twenty-First Century*, is bekend geworden om de indrukwekkende hoeveelheid data die hij heeft gebruikt en zijn vermogen om de complexe economische analyses redelijk eenvoudig uiteen te zetten. De essentie van het boek is dat de rol van ‘het kapitaal’ – waaronder hij eigenlijk het *vermogen* begrijpt – in onze maatschappij steeds belangrijker wordt. De afnemende groei¹⁶ zorgt voor een structureel hoge vermogen-inkomensverhouding, oftewel de omvang van het vermogen ten opzichte van het nationaal inkomen.¹⁷ Piketty voorspelt daarbij dat deze stijging van de omvang van het vermogen ten opzichte van het nationaal inkomen gepaard zal gaan met een duurzame toename van het aandeel van de vermogensinkomsten in het nationaal inkomen.¹⁸ Hoe groter het aandeel van de vermogensinkomsten in het nationaal inkomen des te kleiner het aandeel van de beloning van arbeid, oftewel de *arbeidsinkomensquote*. Piketty zegt aangetoond te hebben dat er op macro-economisch niveau ‘geen natuurlijke kracht is die onvermijdelijk het belang van kapitaal en de inkomsten die uit kapitaal voortvloeien vermindert’, zoals veel economen lang hebben geloofd.¹⁹ Zijn conclusie is inmiddels bekend geworden: zonder interventie zal het vermogen zich concentreren bij een klein deel van de bevolking.

¹⁴ A.B. Atkinson, *Inequality. What can be done?*, Harvard University Press 2015, p. 14.

¹⁵ Atkinson 2015, p. 15; T. Piketty, *Capital in the Twenty-First Century*, Harvard University Press 2014, p. 92.

¹⁶ Groei heeft altijd een puur demografisch component en een economisch component (productiviteitsgroei), Piketty 2014, p. 72. Piketty voorspelt – in lijn met de verwachtingen van de VN – dat met name de demografische groei zal afnemen in de toekomst. Maar hij voorspelt ook dat de productiviteitsgroei die gerealiseerd is in Continentaal Europa in de periode na 1945 tot 1980 niet meer haalbaar is; ook niet met alle technologische vooruitgang, Piketty 2014, p. 93-97.

¹⁷ Het nationaal inkomen is de som van alle inkomsten die de inwoners van een bepaald land in een bepaald jaar tot hun beschikking hebben, ongeacht de juridische classificatie van dat inkomen. Het nationaal inkomen en het BBP (bruto binnenlands product) hangen nauw met elkaar samen, maar om het nationaal inkomen te berekenen, moet men van het BBP eerst alle kapitaalkosten aftrekken en dan het netto inkomen ontvangen uit het buitenland optellen (of het netto inkomen aftrekken dat aan buitenlanders wordt betaald), Piketty 2014, p. 43-45.

¹⁸ Piketty 2014, p. 221.

¹⁹ Piketty 2014, p. 233-234.

Piketty baseert zich voornamelijk op data uit het Westen van de afgelopen twee eeuw en formuleert op basis daarvan algemene ‘wetmatigheden’ van het kapitalisme.²⁰ In hoeverre is zijn werk relevant voor Nederland waar we immers een uitgebreid stelsel van progressieve belastingen en sociale zekerheid hebben? Voorop gesteld moet worden dat in het kader van economische ongelijkheid meestal een onderscheid wordt gemaakt tussen *inkomensongelijkheid* en *vermogensongelijkheid*.²¹ Het blijkt heel moeilijk om onderzoek te doen naar vermogensongelijkheid,²² toch weten we globaal hoe het daarmee gesteld is. In de overzichten behoort de VS meestal tot de meest ongelijke landen,²³ maar de vermogensongelijkheid is ook hoog in Europa.²⁴ In internationaal vergelijkend perspectief lijkt vermogensongelijkheid in Nederland aan de hoge kant te zijn, misschien wel hoger dan gemiddeld in de westerse landen.²⁵ Daarbij lijkt vermogensongelijkheid ook in Nederland toe te nemen.²⁶

Inkomensongelijkheid is altijd kleiner dan vermogensongelijkheid. Inkomensongelijkheid is echter sterk aan het stijgen. Dit is met name het geval in de VS, maar bijvoorbeeld ook in het VK en in Zweden.²⁷ Volgens de meest recente OESO-statistieken is Nederland een middenmoter wat inkomensongelijkheid betreft.²⁸ Er zijn echter wel belangrijke verschuivingen te zien in Nederland: sinds het einde van de jaren negentig is de kloof tussen de hoogste en de laagste inkomensgroepen aanzienlijk gegroeid.²⁹ Bij de groeiende inkomensongelijkheid gaat het in de eerste plaats om groeiende beloningsverschillen.³⁰ In de afgelopen decennia is er aan de onderkant sprake van stagnatie van de lonen, terwijl de lonen

²⁰ Uiteraard is het werk van Piketty zowel geprezen als betwist, maar de meeste economen nemen zijn door data gedreven onderzoek serieus.

²¹ Vaak wordt het zogenoemde Gini-coëfficiënt gebruikt als een statistische maatstaf van de ongelijkheid, maar in deze methode worden veel verschillende zaken met elkaar gemengd, waardoor het niet altijd een bruikbare methode is. Piketty gebruikt het bijvoorbeeld niet, maar ook Nederlandse onderzoekers gebruiken in toenemende mate andere methoden om ongelijkheid te meten, zie bijv. W. Salverda, ‘De tektoniek van de inkomensongelijkheid in Nederland’, in M. Kremer, M. Bovens, E. Schrijvers & R. Went (red.), *Hoe ongelijk is Nederland?*, WRR-verkenning 2014, p. 39. Ook in deze bijdrage wordt de Gini-coëfficiënt niet gebruikt.

²² Er is nog veel op dit gebied wat we niet weten, omdat data over vermogen moeilijk te verkrijgen is, zie bijv. Nolan, Salverda & Smeeding 2011, p. 11; G. Zucman, ‘Wealth inequality’, in: *State of the Union. The Poverty and Inequality Report*, Stanford Center on Poverty and Inequality 2016, p. 43.

²³ In de VS bezit 0,1% van de bevolking net zo veel vermogen als de onderste 90%, namelijk 22% van al het vermogen, zie Zucman 2016, p. 42.

²⁴ Zie bijv. Zucman 2016, p. 42.

²⁵ Op basis van de laatste cijfers is Nederland blijkbaar na de VS het OESO-land met de grootste vermogensongelijkheid, zie C. Balestra & R. Tonkin, ‘Inequalities in household wealth across OECD countries: Evidence from the OECD Wealth Distribution Database’, OECD Statistics and Data Directorate, Working Paper nr. 88, juni 2018, p. 8. Zie ook eerder B. van Bavel, ‘Vermogensongelijkheid in Nederland: de vergeten dimensie’, in M. Kremer, M. Bovens, E. Schrijvers & R. Went (red.), *Hoe ongelijk is Nederland?*, WRR-verkenning 2014, p. 84.

²⁶ Over de periode 2011 tot 2016, zie R. Schulenberg, ‘Toenemende vermogensongelijkheid in Nederland’, *ESB* 2018, 4762 286. Het CBS meldt daarentegen dat vermogensongelijkheid in 2014 niet verder is toegenomen, zie CBS, *Welvaart in Nederland 2016*, p. 13.

²⁷ M. Kremer, R. Went & M. Bovens, ‘Economische ongelijkheid in Nederland’, in M. Kremer, M. Bovens, E. Schrijvers & R. Went (red.), *Hoe ongelijk is Nederland?*, WRR-verkenning 2014, p. 12.

²⁸ *Ibid.*, p. 15.

²⁹ *Ibid.*, p. 16.

³⁰ P. de Beer, ‘Groeiende beloningsverschillen in Nederland’, in M. Kremer, M. Bovens, E. Schrijvers & R. Went (red.), *Hoe ongelijk is Nederland?*, WRR-verkenning 2014, p. 59.

aan de top aanzienlijk zijn gegroeid. Dit sluit aan bij de internationale trend wat de topinkomens betreft: de zogenoemde '1 procent' versus de '99 procent'. Ook voor Nederland blijkt dit een relevante discussie te zijn. Tegelijk is er sprake van een stagnatie van de middeninkomens. Immers, niet alleen zijn de top en onderkant verder uit elkaar gegroeid, ook de loonkloof tussen de topinkomens en het loon van de doorsnee werknemers op fulltime basis is groter geworden, zowel wat de bruto als de netto lonen betreft, aldus het CBS.³¹ We zien daarnaast duidelijk een duurzame toename in het aandeel van vermogensinkomsten in het nationaal inkomen. Dit betekent, zoals gezegd, dat de *arbeidsinkomensquote* – het aandeel van de beloning van arbeid – daalt. Het arbeidsinkomensaandeel is wereldwijd aan het afnemen en dat is zeker ook in Nederland het geval.³² Bedrijven zijn in Nederland met andere woorden meer winst gaan maken in de afgelopen decennia.

Nederland heeft echter een uitgebreid socialezekerheids- en belastingstelsel dat zorgt voor herverdeling. Het is vastgesteld dat de uiteindelijke inkomensverschillen – dat wil zeggen de verschillen in besteedbare huishoudinkomens – in Nederland veel kleiner zijn dan de loonverschillen.³³ Wat op de arbeidsmarkt aan loonverschillen ontstaat, wordt dus voor een deel 'verzacht' door, wat we noemen, de verzorgingsstaat. Onderzoekers stellen echter vast dat de verzorgingsstaat de primaire inkomensverschillen – de in de markt verdiende inkomens – steeds méér is gaan compenseren.³⁴ Zij stellen ook dat die herverdeling in toenemende mate ten goede komt aan de ouderen, de pensioengerechtigden.³⁵ Volksverzekeringen, en vooral de aow, zijn de laatste tien jaar steeds meer gaan leiden tot herverdeling, terwijl werknemersverzekeringen en de bijstand juist minder zijn gaan bijdragen aan herverdeling. Hoewel de herverdeling via de sociale zekerheid in Nederland dus nog altijd 'zeer aanzienlijk' is, heeft ze de toegenomen ongelijkheid van bruto- en marktinkomens echter zeker niet kunnen compenseren.³⁶ De inkomensongelijkheid neemt dus toe.

3. Verklaringen voor groeiende ongelijkheid

Wanneer we willen kijken naar de oorzaken voor de groeiende ongelijkheid is het nuttig onderscheid te maken tussen verklaringen die gezocht worden in de veranderingen in de economische structuur en verklaringen die gezocht worden in de rol van maatschappelijke instituties,³⁷ hoewel dat onderscheid niet altijd strikt kan worden gemaakt. Economen wijzen meestal op de technologische ontwikkeling en de globalisering als twee voornaamste

³¹ CBS, 'Verschil in loon tussen top en gewone werknemer nam toe', mei 2018, <https://www.cbs.nl/nl-nieuws/2018/18/verschil-in-loon-tussen-top-en-gewone-werknemer-nam-toe>.

³² Zie bijv. DNBulletin: 'Flexibilisering arbeidsmarkt gaat gepaard met daling arbeidsinkomensquote', 1 februari 2018, <https://www.dnb.nl/nieuws/nieuwsoverzicht-en-archief/DNBulletin2018/dnb372062.jsp>.

³³ Kremer, Went & Bovens 2014, p. 18.

³⁴ Kremer, Went & Bovens verwijzen (op p. 19) naar K. Caminada, J. Been, K. Goudswaard & M. de Graaf-Zijl, *De ontwikkeling van inkomensherverdeling in Nederland 1990-2012*, Department of Economics Research Memorandum 2014.02, Leiden: Universiteit Leiden.

³⁵ Ibid.

³⁶ Salverda 2014, p. 47.

³⁷ De Beer 2014, p. 65.

verklaringen voor de toename van de loonongelijkheid.³⁸ In de globaliserende economie is in sommige sectoren de dreiging van ‘off shoring’ constant aanwezig. Veel economen menen echter dat technologische vooruitgang het meest heeft bijgedragen aan de dalende arbeidsinkomensquote.³⁹ Door de technologische ontwikkeling neemt de vraag naar geschoolde arbeid toe waardoor de loonkloof tussen hoog en laag opgeleiden stijgt.⁴⁰ Toch is er nog tamelijk veel discussie over de precieze effecten van technologie en globalisering. Volgens De Beer schieten beide verklaringen tekort om de groeiende loonongelijkheid afdoende te verklaren.⁴¹ Volgens hem kunnen de institutionele veranderingen waarschijnlijk het beste de groei in ongelijkheid verklaren.

De meest genoemde institutionele verandering is in dit verband de verzwakking van de vakbonden.⁴² Enigszins daarmee samenhangende verklaring is de steeds verdergaande decentralisatie van de arbeidsvoorwaardenvorming. Het is al lang vastgesteld dat bij cao-onderhandelingen op sectoraal niveau, waarbij dus werkgeversorganisaties betrokken zijn, inkomensongelijkheid kleiner is dan bij cao-onderhandelingen op ondernemingsniveau.⁴³ Bij decentralisatie van de arbeidsvoorwaardenvorming zal de inkomensongelijkheid dus toenemen.

Een andere interessante verklaring voor de groeiende economische ongelijkheid is de flexibilisering van de arbeidsmarkt, waarmee met name wordt bedoeld de groei van het aantal flexibele of atypische arbeidscontracten. De OESO bijvoorbeeld zoekt de oorzaak voor de groeiende ongelijkheid in de afname van de typische (fulltime), permanente banen.⁴⁴ Het IMF roept Nederland expliciet op de flexibilisering van de arbeidsmarkt tegen te gaan om zo de loongroei te bevorderen.⁴⁵ Ook onderzoekers van De Nederlandsche Bank hebben geconcludeerd dat de daling van de arbeidsinkomensquote in Nederland samenhangt met de flexibilisering van de arbeidsmarkt.⁴⁶ Als mogelijke verklaring dragen ze aan dat de werkenden in de flexibele schil een zwakkere onderhandelingspositie hebben. Zij hebben minder baanzekerheid, omdat ze makkelijker en goedkoper ontslagen kunnen worden en ze zijn nauwelijks georganiseerd, waardoor ze ‘minder sterk staan’ in de onderhandelingen over hun beloning. Tegelijkertijd ondermijnt de groei van de flexibele schil (inclusief de zzp’ers)

³⁸ De Beer 2014, p. 63.

³⁹ Zie bijv. A.B. Atkinson, *Inequality. What can be done?*, Harvard University Press 2015; L. Tyson & M. Spence, ‘Exploring the Effects of Technology on Income and Wealth Inequality’, in H. Boushey, J.B. DeLong & M. Steinbaum, *After Piketty. The Agenda for Economics and Inequality*, Harvard University Press 2017, p. 170-208; IMF 2017, p. 125.

⁴⁰ D.H. Autor, ‘Skills, education, and the rise of earnings inequality among the “other 99%”’, *Science* 2014 Vol. 344, Nr. 6186, p. 843-851.

⁴¹ De Beer 2014, p. 64.

⁴² Zie bijv. Atkinson 2015, p. 82-83; De Beer 2014, p. 65; OESO, *Divided We Stand: Why Inequality Keeps Rising*, OECD Publishing, Paris 2011.

⁴³ K.O. Moene & M. Wallerstein, ‘Pay Inequality’, *Journal of Labor Economics* 1997 Vol. 15 Nr. 3, p. 403-430; M. Wallerstein, ‘Wage-Setting Institutions and Pay Inequality in Advanced Industrial Societies’, *American Journal of Political Science* 1999 Vol. 43 Nr. 3, p. 649-680.

⁴⁴ OESO, *In it together: Why less inequality benefits all. Overview of inequality trends, key findings and policy directions*, OECD Publishing, Paris 2015, p. 28.

⁴⁵ IMF Country Report No. 18/130, May 2018, p. 10.

⁴⁶ DNBulletin: ‘Flexibilisering arbeidsmarkt gaat gepaard met daling arbeidsinkomensquote’, 1 februari 2018, <https://www.dnb.nl/nieuws/nieuwsoverzicht-en-archief/DNBulletin2018/dnb372062.jsp>.

de onderhandelingspositie van werknemers met een vast dienstverband, omdat de twee groepen met elkaar concurreren. Samen zorgt dit ervoor dat de ‘factor arbeid’ steeds een kleiner deel van de economische groei naar lonen kan vertalen. Er is echter geen consensus op dit punt. Het CPB zegt niet te kunnen bepalen of de toename van flexibele arbeid inderdaad tot een structureel lagere loongroei leidt.⁴⁷ De oorzaak van de lagere loongroei zoekt het CPB met name in de beperkte groei van de arbeidsproductiviteit. In een latere publicatie uit het CPB echter ook zijn zorgen over de flexibilisering van de arbeidsmarkt: de effecten van de groei van de flexibele arbeid – die in Nederland toch al sterker is dan in andere Europese landen – zijn vooral onder laagopgeleiden zichtbaar.⁴⁸ Met name laagopgeleiden hebben flexibele contracten: in 2003 had 26% van de laagopgeleide werkzame beroepsbevolking een flexibel contract of was zzp’er, nu is dat 45%.⁴⁹ ‘De flexibilisering heeft de verschillen tussen laag- en hoogopgeleiden vergroot’, aldus het CPB.⁵⁰

Interessant is daarnaast de verklaring die door de Amerikaanse econoom Weil wordt gezocht in het op grote schaal outsourcen van werkzaamheden door bedrijven.⁵¹ Daar waar vroeger in grote ondernemingen vrijwel heel het personeel in dienst was van dezelfde onderneming – dus zowel de managers en het middenkader als de uitvoerende werknemers – worden nu steeds meer werkzaamheden uitbesteed en werken steeds meer mensen in een onderneming of een organisatie die niet hun juridische werkgever is. Door de grote druk om hun financiële prestaties te verbeteren, zijn steeds meer organisaties zich gaan richten op hun kerntaken, dat wil zeggen de taken die de meeste waarde kunnen opbrengen voor consumenten en investeerders. De werkzaamheden die niet tot de kerntaken behoren, worden steeds meer uitbesteed. Dat geldt bijvoorbeeld voor de catering, het schoonmaakwerk, de beveiliging etc. In toenemende mate worden echter ook kerntaken uitbesteed. Inhuur van ‘externen’ is een manier om flexibel in te kunnen spelen op de veranderingen in de markt.

De werkzaamheden die uitbesteed worden betreffen echter niet zelden werkzaamheden op een competitieve markt. Bedrijven gespecialiseerd in bijvoorbeeld catering, schoonmaak, logistiek of beveiliging – maar ook bijvoorbeeld allerlei payroll- en uitzendonderneming – zijn de opdrachtnemers van het uitbesteedde werk en concurreren hevig met elkaar voor de opdrachten. Niet zelden zijn dit bedrijven waar loonkosten de grootste kostenpost vormen. De organisaties die werkzaamheden uitbesteden zijn vaak leidende bedrijven in sectoren zoals de financiële dienstverlening en de industrie.⁵² Doordat steeds meer werkzaamheden

⁴⁷ CPB, ‘Vertraagde loonontwikkeling in Nederland ontrafeld,’ CPB Policy Brief, 2018/12. In hetzelfde document zegt het CPB dat ook niet voor globalisering of technologische vooruitgang te kunnen bepalen. Al deze factoren zijn moeilijk meetbaar, aldus het CPB.

⁴⁸ CPB, ‘Concept Centraal Economisch Plan 2019’, CPB Policy Brief, maart 2019, p. 16,

<https://www.cpb.nl/sites/default/files/omnidownload/CPB-Policy-Brief-Centraal-Economisch-Plan-2019.pdf>.

⁴⁹ Ibid, p. 14.

⁵⁰ Ibid, p. 16.

⁵¹ D. Weil, ‘Income Inequality, Wage Determination and the Fissured Workplace’, in H. Boushey, J.B. DeLong & M. Steinbaum, *After Piketty. The Agenda for Economics and Inequality*, Harvard University Press 2017, p. 209-231.

⁵² D. Goldschmidt & J.F. Schmieder, ‘The Rise of Domestic Outsourcing and the Evolution of the German Wage Structure’, *The Quarterly Journal of Economics* 2017 vol. 132, nr. 3, p. 1166.

worden uitbesteed komen met name laagopgeleide werknemers als het ware vast te zitten in laagbetaalde sectoren. Als ze direct in dienst waren geweest bij de bedrijven (of overheidsorganisaties) waar ze het werk daadwerkelijk verrichten – de opdrachtgevers dus – dan zouden ze vermoedelijk wel onder de daar geldende lage loonschalen vallen, maar ze zouden wel dezelfde relatieve loonsverhogingen krijgen en alle secundaire arbeidsvoorwaarden als de werknemers die direct in dienst zijn bij de opdrachtgevers. Door outsourcing bevinden zich dus werknemers met uiteenlopende arbeidsvoorwaarden ‘onder hetzelfde dak’. Weil noemt deze gelaagdheid van de arbeidsmarkt ‘the fissured workplace’, vrij vertaald: ‘de versplinterde werkplek’.⁵³ Uit recent Duits onderzoek kwam naar voren dat ‘binnenlandse outsourcing’ in Duitsland sinds het begin van de jaren negentig dramatisch is gegroeid.⁵⁴ Uit analyse bleek dat de lonen in uitbestede banen met ongeveer 10-15% dalen in vergelijking met vergelijkbare banen die niet zijn uitbesteed. De onderzoekers stellen vast dat het uitbesteden van schoonmaak-, beveiliging- en logistiek werk alleen al verantwoordelijk is voor ongeveer 9% van de toename van loonongelijkheid in Duitsland.⁵⁵

Tot slot zijn er organisaties, zoals Uber en Deliveroo, die consumenten en ‘aanbieders van diensten’ met elkaar in contact te brengen, maar die zeggen zelf die diensten niet aan te bieden en die zeker niet de werkgever van deze aanbieders willen zijn. Deze ondernemingen bepalen echter wel de prijzen van deze diensten. Ze zijn in de markt waarin ze opereren zeer invloedrijk en hun strategie is juist om de prijzen laag te houden.⁵⁶

4. Arbeidsrecht en economische ongelijkheid

4.1 Verschillende manieren om naar economische ongelijkheid te kijken

We kunnen concluderen dat ook in Nederland de economische ongelijkheid groeit en dat daaraan verschillende oorzaken ten grondslag liggen. De vraag is: is dat een probleem? Meer precies: is dat, gezien vanuit de grondslagen van het arbeidsrecht, een probleem?

Economische ongelijkheid wordt vaak op twee manieren benaderd: op een instrumentele manier of op een morele dan wel filosofische manier. Bij de eerste manier wordt gekeken naar de mate waarin economische ongelijkheid invloed heeft op bijvoorbeeld de sociale cohesie in een land, de criminaliteit of de economische groei. Er zijn (empirische) studies die bijvoorbeeld aantonen dat een hoge inkomensongelijkheid zorgt voor meer criminaliteit of dat zij een negatief effect heeft op economische groei.⁵⁷ Er zijn ook (met name oudere)

⁵³ D. Weil, *The Fissured Workplace: Why Work Became So Bad for So Many and What Can Be Done to Improve It*, Cambridge, MA: Harvard University Press 2014.

⁵⁴ Goldschmidt & Schmieder 2017, p. 1165-1217.

⁵⁵ Een vergelijkbare studie naar de Nederlandse situatie ontbreekt volgens mij. Zie echter voor een vergelijkbaar onderzoek maar met Amerikaanse data bijv. A. Dube & E. Kaplan, ‘Does Outsourcing Reduce Wages in the Low-Wage Service Occupations? Evidence from Janitors and Guards’, *Industrial & Labor Relations Review* 2010 vol. 63 nr. 2, p. 287-306.

⁵⁶ Zie bijv. M.S. Houwerzijl, ‘Arbeid en arbeidsrecht in de digitale platformsamenleving: transnationale dimensies en dilemma’s’, *TRA* 2017/59.

⁵⁷ Zie bijv. OESO 2015, p. 81.

economische studies die juist betogen dat economische ongelijkheid goed is voor economische groei,⁵⁸ maar deze studies lijken achterhaald. Hoewel dit een interessante discussie kan zijn, is zij voor een juridische grondslagendiscussie minder relevant, omdat het bij dergelijke stellingen met name gaat om het onderliggende empirische bewijs.

De morele dan wel filosofische manier om naar inkomensongelijkheid te kijken sluit beter aan bij de grondslagendiscussie van het arbeidsrecht, omdat deze benadering gaat over de vraag wat wij als samenleving onder rechtvaardigheid verstaan. De essentie van het arbeidsrecht ligt immers niet besloten in cijfers. Ook al zijn cijfers belangrijk voor beleidsmakers, in het arbeidsrecht gaat het uiteindelijk niet om vragen als ‘meer of minder vaste contracten’, maar om wat wij rechtvaardig vinden. Levenbach omschrijft dit als volgt: ‘Modellen en kwantificeringen (...) kunnen voor het recht uiterst nuttig zijn. Maar verklaringen van feiten en doelmatigheidsoordelen vormen nog geen recht. Het arbeidsrecht blijft essentieel een gebied van waarde-oordelen, van rechtvaardigheid.’⁵⁹

De filosofische benadering van economische ongelijkheid brengt ons op het vlak van *distributieve rechtvaardigheid*. Er zijn talloze (filosofische) boeken geschreven over corrigerende en distributieve rechtvaardigheid.⁶⁰ We zouden kunnen kijken welke vorm van gelijkheid nastrevenswaardig is. Moet het gaan om gelijke kansen of gelijke uitkomsten? Welke verschillen achten we legitiem en wanneer? Het gevaar is echter dat de discussie daardoor erg theoretisch wordt en dat we daarmee te veel afdwalen van het positieve recht. Daarnaast kan goed betoogd worden dat het in dit kader niet nodig is om eerst een specifieke conceptie van gelijkheid te definiëren en precies vast te stellen welke mate van ongelijkheid nog legitiem is en wanneer herverdeling gerechtvaardigd is. In het kader van (een ontwerp van) specifieke regels kan het weldegelijk relevant zijn om eerst vast te stellen welke mate van gelijkheid men wenst te bereiken. Deze bijdrage wil echter (eerst) de relatie tussen economische ongelijkheid en het arbeidsrecht verder onderzoeken. Hier gaat het om de vragen of het (arbeids)recht aan herverdeling doet, zo ja, hoe dat gebeurt en uiteindelijk of het arbeidsrecht dit in de toekomst moet blijven doen.

4.2 De grondslagen van het arbeidsrecht

We weten dat bij het belastingrecht en het socialezekerheidsrecht herverdeling centraal staat. Maar geldt dat ook voor het *arbeidsrecht*? Kunnen we zeggen dat herverdeling één van de doelen van het arbeidsrecht is? Eerst is het nodig kort iets over de doelen van het arbeidsrecht in het algemeen te zeggen. Als we het hebben over de doelen of de grondslagen van het

⁵⁸ Voor een recente bijdrage, zie bijv. M. De Vos, *Ongelijk, maar fair. Waarom onze samenleving ongelijker is dan we vrezen, maar rechtvaardiger dan we hopen*, LannooCampus 2015.

⁵⁹ M.G. Levenbach, ‘Veertig jaar arbeidsrecht’, Afscheidscollege Amsterdam, 8 oktober 1966, in H.L. Bakels (red.), *Arbeidsrechtelijke geschriften 1962-1977*, Deventer: Kluwer 1977, p. 26.

⁶⁰ Zie bijv. het werk van J. Rawls (met name ‘A Theory of Justice’), R. Dworkin, D. Miller, G. Cohen, J. Roemer, E. Anderson, A. Sen. Voor een vertaalslag naar het arbeidsrecht, zie G. Davidov, ‘Distributive Justice and Labour Law’, in H. Collins, G. Lester & V. Mantouvalou (red.), *Philosophical Foundations of Labour law*, Oxford: OUP, 2018, p. 141-155.

arbeidsrecht dan past dat binnen een visie op het recht die meent dat het recht een praktische en een normatieve kant heeft. Deze visie op het recht is tamelijk wijdverbreid.⁶¹ De praktische kant van het recht is erop gericht de samenwerking van burgers te vergemakkelijken en te optimaliseren. Duidelijke regels over de wijze waarop zal worden samengewerkt en over de verdeling van opbrengsten van de samenwerking zorgen ervoor dat er voldoende wederzijds vertrouwen is om te gaan samenwerken.⁶² Volgens deze visie is er echter ook altijd een normatieve kant van het recht aanwezig aangezien een doelmatige samenwerking op verschillende manieren gestalte kan krijgen. In bestaande rechtsregels kunnen we de normatieve keuzes van een bepaalde jurisdictie terugvinden. Die keuzes zijn op hun beurt gemaakt vanuit bepaalde waardeopvattingen.⁶³ Zo formuleerden, zoals gezegd, Van der Heijden en Noordam in hun preadvies zes *basiswaarden* van het sociaal recht die zich volgens hen hebben ‘bewezen’. Deze waarden definiëren zij als ‘algemeen erkende uitgangspunten die over een lange periode een belangrijke rol spelen bij de totstandkoming van sociale rechtsvorming’.⁶⁴ In de literatuur is men niet altijd consequent in de terminologie: men spreekt over waarden, grondslagen, beginselen, uitgangspunten, fundamente(n), (kern)elementen, basisfilosofie, pijlers, maar ook over doelen of functies. Davidov bijvoorbeeld lijkt de woorden ‘values’ en ‘goals’ door elkaar te gebruiken.⁶⁵ Hendrickx daarentegen maakt een duidelijk onderscheid tussen ‘grondslagen’ en ‘functies’. De grondslagen verwijzen naar de redenen waarom we arbeidsrecht hebben, hij noemt ze ook ‘fundamentele doelstellingen’.⁶⁶ De functies zijn dan ‘de wegen waarlangs het arbeidsrecht tot die doelstellingen leidt’.⁶⁷ Ook al is de terminologie niet helemaal afgebakend, gaat het erom om hiermee een *normatief kader* te schetsen waartegen nieuwe ontwikkelingen (in het arbeidsrecht of op de arbeidsmarkt) kunnen worden afgezet en ter onderbouwing van normatieve uitspraken over het recht.⁶⁸

Sommige basiswaarden die Van der Heijden en Noordam in 2001 hebben geformuleerd lijken inderdaad meer op uitgangspunten dan op fundamentele waarden. Zij noemen: verantwoordelijkheid, bestaanszekerheid, bescherming, solidariteit, non-discriminatie en participatie.⁶⁹ Benadrukt dient te worden dat Van der Heijden en Noordam voor hun preadvies uitsluitend hebben gekeken naar de rechtsvorming van de twintig jaar voorafgaand aan het onderzoek (dus ongeveer van 1980 tot 2000). Daarnaast bespreken zij grotendeels

⁶¹ Zie bijv. P. Rijpkema, *Rechttersrecht. Over de rechtsvormende rol van de rechter in een democratische rechtsstaat*, Boom Juridische uitgevers: Den Haag 2001, p. 81, 110.

⁶² Het recht kan daarnaast een bijdrage leveren aan het verkleinen van onderhandelingsproblemen en onderhandelingskosten.

⁶³ Zie ook N. Zekić, ‘Arbeidsrechtelijk normatief kader en ongelijkheidscompensatie’, in W. Plessen, H. van Drongelen en F. Hendrickx (red.), *Sociaal recht: tussen behoud en vernieuwing. Liber amicorum voor prof. dr. Antoine Jacobs*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2011, p. 60.

⁶⁴ Van der Heijden & Noordam 2001, p. 75.

⁶⁵ Davidov 2016, p. 55: “This chapter [...] includes a discussion of various values and interests that labour laws are said to advance [...]. By explaining the meaning and importance of each goal, I hope to contribute to future purposive analyses of labour laws [...].”

⁶⁶ Dit is volgens hem waardegeoriënteerd, zie F.H.R. Hendrickx, ‘Arbeidsrecht voor de spiegel’. *Revue de Droit Social/Tijdschrift voor Sociaal Recht* 2010 nr. 3, p. 44.

⁶⁷ Ibid.

⁶⁸ Zekić 2011, p. 59; vlg. Van der Heijden & Noordam 2001, p. 2-3.

⁶⁹ Van der Heijden & Noordam 2001, p. 75.

alleen wetgeving als bron van sociale rechtsvorming. Naast wetgeving zijn voor het arbeidsrecht natuurlijk ook cao's belangrijk, net als de rechtspraak. Fase nam cao's uitdrukkelijk wel in aanmerking en voegde hieraan toe beginselen als 'gelijke beloning voor gelijke arbeid' en 'eerlijk verdeling van de werkgelegenheid'.⁷⁰ Davidov neemt een (heel) lang tijdsbestek en baseert zich met name op arbeidsrechtelijke literatuur. Hij noemt als doelen van het arbeidsrecht: democratie, redistributie, mensenrechten/menselijke waardigheid, sociale inclusie (waarmee solidariteit is verbonden), stabiliteit/zekerheid, efficiency, menselijke vrijheid en capaciteiten ('capabilities', gebaseerd op het werk van Amartya Sen) en tot slot emancipatie.

Volgens Davidov zijn dit de meer 'abstracte' doelen. Daaronder ligt een meer concreet en algemeen doel, namelijk het onderkennen en het mitigeren van de kwetsbare positie waarin de werknemer zich doorgaans bevindt en het voorkomen van onwenselijke uitkomsten als gevolg van die kwetsbaarheid.⁷¹ Ook volgens Fase – maar ook veel anderen – is de rode draad steeds de gedachte dat in het sociaal recht de arbeid niet als economisch goed centraal moet staan, maar de werkende als persoon.⁷² Dit overkoepelende doel is arbeidsrechtjuristen welbekend en pleegt in Nederland samengevat te worden onder *ongelijkheidscompensatie*.⁷³ De meeste arbeidsrechtgeleerden zullen dit wel 'de belangrijkste doelstelling van het arbeidsrecht' noemen.⁷⁴ Men noemt het de 'superbasiswaarde', de 'raison d'être', de 'essentie' van het arbeidsrecht.⁷⁵

In het arbeidsrecht draait het met name om de machtspositie van de werkgever ten opzichte van de werknemer; het gaat om de afhankelijke positie van de werknemer.⁷⁶ Om in zijn onderhoud te kunnen voorzien heeft de werknemer een inkomen nodig. Een inkomen haalt de werknemer uit zijn arbeid en arbeid verrichten de meeste mensen nog in dienstbetrekking. De werknemer is doorgaans dus afhankelijk van zijn werkgever. De werkgever heeft daarentegen de werknemer meestal minder nodig dan omgekeerd, wat hem in een machtspositie plaatst. Er is dus sprake van economische ongelijkheid. Hier komt de juridische ondergeschiktheid bij aangezien de werkgever *gezag* uitoefent over de werknemer en dit gezag een bestaansvereiste is voor een arbeidsovereenkomst.⁷⁷ Deze dubbele ongelijkheid – de

⁷⁰ W.J.P.M. Fase, 'Sociale rechtsvorming of scharrelrecht?', *SMA* 2001 nr. 5, p. 252.

⁷¹ Davidov 2016, p. 48.

⁷² Fase 2001, p. 252.

⁷³ Van der Heijden en Noordam noemen ongelijkheidscompensatie niet als basiswaarde. Volgens hen is dit begrip verbonden met *bescherming*, Van der Heijden & Noordam, p. 85.

⁷⁴ C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 35.

⁷⁵ C.J. Loontstra in Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging, Verslag van op 8 juni 2001 te Leiden gehouden algemene vergadering over: De waarden(n) van het sociaal recht. Over beginselen van sociale rechtsvorming en hun werking, 131^e jaargang, Deventer: Kluwer 2002, p. 24-25; R.A.A. Duk, Ontwikkelingen in het arbeidsovereenkomstenrecht: 40 jaar in volgelvlucht, in G.M.J. Veldkamp e.a. (red.), *Sociaal-rechtelijk en sociaal-politiek denken sedert de Tweede Wereldoorlog*, Veertig jaar Sociaal Maandblad Arbeid, p. 171 e.v.; O. Kahn-Freund, *Labour and the law*, London: Stevens & Sons 1977, p. 6.

⁷⁶ Sinds het ontstaan van de eerste arbeidsrechtelijke regels zijn er schrijvers geweest die de ongelijke positie tussen de werkgever en de werknemer in twijfel trekken. Met de groei van de zelfstandigen is nog een extra dimensie toegevoegd aan deze discussie. Het doel van dit artikel ziet niet op deze discussie.

⁷⁷ Zie bijv. A.Ph.C.M. Jaspers, 'Naar een nieuwe balans tussen werkgeversgezag en werknemersrecht', in L. Betten et al (red.), *Ongelijkheidscompensatie als rode draad in het recht*, Deventer: Kluwer 1997, p. 81.

economische en de juridische – wordt in het arbeidsrecht gecompenseerd door beschermende regels. Dit kan geplaatst worden in het bredere kader van de bescherming van de menselijke waardigheid.

Volgens mij staat dit uitgangspunt nog steeds als een huis en kan het gebruikt worden om het bestaan van het arbeidsrecht uit te leggen.⁷⁸ Ongelijkheidscompensatie is mijns inziens ook de grondslag van het *moderne* arbeidsrecht. De conclusie moet echter zijn dat hoewel het misschien nog steeds de belangrijkste grondslag is, ongelijkheidscompensatie niet de enige grondslag is. We kunnen ons zelfs afvragen in hoeverre de idee van ongelijkheidscompensatie nog verder tot ontwikkeling is gekomen sinds de jaren tachtig, toen er een stagnatie in de ontwikkeling van het arbeidsrecht is opgetreden. Jacobs laat al in 1997 aan de hand van verschillende voorbeelden zien dat de wetgever de werknemer zeker niet in alle gevallen heeft willen bevorderen.⁷⁹ Voor de wetgeving die sinds die tijd tot stand gekomen is, is dit al evenmin het geval. Noch is het zo dat de rechter steeds het voordeel gunt aan de werknemer, omdat die de zwakke partij is.⁸⁰

4.3 Redistributie

Ongelijkheidscompensatie is dus niet het hele verhaal. Volgens mij hoort bij het arbeidsrecht een pluraliteit aan grondslagen. De vraag is of herverdeling daarbij hoort. Davidov meent in elk geval van wel. Hij noemt redistributie ‘a major goal of labour law’.⁸¹ Hij verwijst daarbij naar de wettelijke regeling van het minimumloon en naar collectieve arbeidsvoorwaardenvorming. Ik deel zijn mening. Als we aannemen dat herverdeling in een complexe maatschappij als de onze niet alleen plaatsvindt via herverdeling van middelen, maar ook via herverdeling van macht, lasten en risico’s, dan doet het arbeidsrecht mijns inziens zeker aan herverdeling. Zoals gezegd vertrekt het arbeidsrecht vanuit het principe dat de (economische en juridische) macht bij de werkgever ligt als sterkere partij. Het arbeidsrecht verschuift een deel van die macht naar de werknemer(s). Soms wordt macht aan individuele werknemers toegekend, bijvoorbeeld om de arbeidsomvang aan te passen. Het gaat echter met name om het toekennen van macht aan de collectiviteiten van werknemers. De werknemers hebben het recht om zich te verenigen, om collectief te onderhandelen en collectief actie te voeren. Door het bevorderen en faciliteren van collectief overleg en de werking van de cao als juridisch instrument wordt de macht van de werknemers als collectief

⁷⁸ Het is zeker niet zo dat iedereen dit uitgangspunt onderstreept, toch ga ik ervan uit dat de meeste arbeidsrechtbeoefenaren menen dat de beschermingsgedachte in het arbeidsrecht nog steeds actueel is, zie bijv. C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 37; E. Verhulp, *Maatwerk in het arbeidsrecht?*, oratie Amsterdam UvA 2003, p. 6; A.R. Houweling, *Eigenaardig arbeidsrecht. Grondslagen van een modern arbeidsrecht*, (rede EUR) Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 14.

⁷⁹ A.T.J.M. Jacobs, ‘Kleine mythologie van de ongelijkheidscompensatie’, in L. Betten et al. (red.), *Ongelijkheidscompensatie als roode draad in het recht*, Deventer: Kluwer 1997, p. 67-80.

⁸⁰ C.E. Dingemans en O. van der Kind, ‘Ongelijkheidscompensatie en onduidelijke bedingen’, *Arbeidsrecht* 2001, 4.

⁸¹ Davidov 2016, p. 57. Zie ook Mundlak die spreekt van “an intrinsic distributive function”, zie G. Mundlak, ‘The Third Function of Labour Law: Distributing Labour Market Opportunities among Workers’, in G. Davidov & B. Langille (red.), *The idea of labour law*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 317.

versterkt.⁸² Op hun beurt gebruiken de werknemersorganisaties die macht om het inkomen uit arbeid te vergroten en eerlijker te verspreiden.

Waar het bij het belastingrecht (en tot in zekere mate het socialezekerheidsrecht) meer gaat om de herverdeling van *marktuittkomsten*, gaat het arbeidsrecht juist over de ‘spelregels’ van de markt.⁸³ Het arbeidsrecht grijpt in in de contractsvrijheid van de partijen, omdat het een ongelijke onderhandelingspositie veronderstelt. Regulering van de arbeidsovereenkomst is nodig om de zwakkere partij te beschermen. Dat gebeurt door de werknemers meer macht te geven bij het onderhandelen over de arbeidsvoorwaarden en door grenzen te stellen aan wat de werkgever in onderhandelingen kan opleggen (minimumnormen). Men zou dus kunnen zeggen dat het bij het arbeidsrecht niet zo zeer om redistributie gaat, maar eerder om ‘predistributie’.⁸⁴ Of om preventie in plaats van correctie. Hoe dan ook, het arbeidsrecht (her)verdeelt middelen, macht en risico’s om de ongelijke onderhandelingspositie te compenseren. Het arbeidsrecht geeft daarmee uiting aan het beginsel van distributieve rechtvaardigheid.

Men zou kunnen zeggen dat redistributie dus niet veel verschilt van ongelijkheidscompensatie. Met name het herverdelen van macht is immers wat onder ongelijkheidscompensatie kan worden verstaan. Ongelijkheidscompensatie als term wordt echter in de Nederlandse doctrine gebruikt om zeer uiteenlopende soorten beschermende regels te typeren en te rechtvaardigen. Ongelijkheidscompensatie is verbonden met verschillende grondslagen. Zo kan men beredeneren dat de grondslag democratie – waarbij met name het recht van medezeggenschap een rol speelt – kan bijdragen tot ongelijkheidscompensatie. Ook het ontslagrecht wordt in verband gebracht met ongelijkheidscompensatie.⁸⁵ Daar wordt echter de ongelijke verhouding primair gecompenseerd om een bepaalde mate van inkomenszekerheid te bewerkstelligen en om de werknemer te beschermen tegen ongerechtvaardigd ontslag, wat duidt op bescherming van menselijk waardigheid.⁸⁶ Grapperhaus omschreef ongelijkheidscompensatie eens als een beginsel dat leidt tot een bepaalde inkleuring van de contractuele verhoudingen,⁸⁷ wat toch een nauwere uitleg dan de verschuiving van macht is. Hoewel redistributie dus sterk verbonden is met ongelijkheidscompensatie heeft het noemen van redistributie als expliciet doel mijns inziens in dit kader toegevoegde waarde, omdat daarmee tot uitdrukking komt dat het arbeidsrecht distributieve rechtvaardigheid nastreeft.

⁸² Bij ‘bevorderen’ kan men onder andere denken aan het opnemen van allerlei driekwart dwingende bepalingen in de wet.

⁸³ Vlg. J. Hartog, ‘Bescherming: op de hand gewogen’, in G. Heerma van Voss en E. Verhulp (red.), *De waarde(n) van het arbeidsrecht* (Liber amicorum voor prof. mr. Paul F. van der Heijden), Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 27.

⁸⁴ Zie bijv. N. Bunker, ‘What is predistribution?’, June 2015, <http://equitablegrowth.org/equitablog/predistribution/>.

⁸⁵ Zie bijv. F.B.J. Grapperhaus, ‘De jeugd en het ontslagrecht hebben de toekomst niet meer’, *TRA* 2009/74.

⁸⁶ Zie bijv. H. Collins, ‘The Meaning of Job Security’, *Industrial Law Journal* 1991 vol. 20 nr. 4, p. 237.

⁸⁷ F.B.J. Grapperhaus en T. Schils, ‘Enkele overwegingen omtrent evenwicht in het ontslagrecht en de arbeidsmarkt’, *Sociaal Recht* 2007, 74.

Bij redistributie in dit kader gaat het bovendien niet alleen om de herverdeling van middelen en macht van de werkgevers naar de werknemers toe, maar ook om de verdeling van middelen tussen verschillende (groepen) werknemers.⁸⁸ De eerste vorm van herverdeling is dus sterk verbonden met ongelijkheidscompensatie, terwijl de tweede vorm het best tot uitdrukking komt in de gelijke behandelingsnormen en verbonden is met sociale inclusie. Beide zijn onderdeel van redistributie als doel. Op beide vormen van redistributie wordt hieronder dieper ingegaan als nagegaan wordt op welke manier het arbeidsrecht middelen, macht en risico's herverdeelt. Dat het arbeidsrecht ook als doel heeft het nastreven van een eerlijke verdeling van middelen tussen werknemers ligt echter niet meteen voor de hand. In het arbeidsrecht staat nu eenmaal de relatie werkgever-werknemer centraal. In de hedendaagse discussies over de toekomst van het arbeidsrecht zien we echter steeds opnieuw dat het probleem van de groter wordende verschillen tussen werkenden en de dreigende tweedeling in de samenleving als één van de grootste problemen en uitdagingen voor het arbeidsrecht wordt gezien.⁸⁹ Dat laat zien dat de groeiende inkomens- en welvaartsongelijkheid inderdaad wordt gezien als een probleem dat (ook) het arbeidsrecht aangaat. Sterker nog, geconcludeerd wordt dat de regels rondom werk blijkbaar niet meer aansluiten bij de beoogde doelen aangezien gesignaleerd wordt er grote verschillen zijn tussen “enerzijds welvarende werkenden die goed zijn opgeleid, goed verdienen en goed zijn beschermd, en anderzijds werkenden die slecht zijn opgeleid en veelal werken in laagproductieve banen met geringere sociale bescherming”.⁹⁰ Het is dus niet voldoende om alleen te kijken naar ongelijkheidscompensatie tussen de werkgever en ‘de werknemer’, want als een sterke arbeidsrechtelijke bescherming alleen ten goede komt aan één groep werknemers en de andere ‘werkers’ daar onvoldoende van profiteren, dan kan niet worden gezegd dat de doelen van het arbeidsrecht als bescherming van de menselijke waardigheid en sociale inclusie echt worden gediend.

5. Arbeidsrecht als herverdelingsinstrument

Als we zouden aannemen dat redistributie inderdaad één van de doelen van het arbeidsrecht is, is het belangrijk om specifieker in te gaan op de manieren waarop het arbeidsrecht herverdeelt en dit – in grote lijnen – af te zetten tegen geschetste ontwikkelingen in welvaarts- en inkomensongelijkheid. In dat kader wil ik drie onderwerpen eruit lichten die hier volgens mij met name relevant zijn. Dat zijn (1) collectieve arbeidsvoorwaardenvorming, (2) gelijke behandeling en (3) atypische of flexibele arbeid.

5.1 Collectieve arbeidsvoorwaardenvorming

Collectieve arbeidsvoorwaardenvorming is met beide soorten verdelingen verbonden, dat wil zeggen met de herverdeling van middelen en macht van de werkgevers naar de werknemers

⁸⁸ Zie ook Davidov 2016, p. 58.

⁸⁹ Zie bijv. de discussienota van de Commissie Regulering van werk, *In wat voor land willen wij werken?*, 20 juni 2019, p. 3.

⁹⁰ Idem.

toe en (vervolgens) met de verdeling van middelen tussen verschillende groepen werknemers. Het is misschien wel het belangrijkste herverdelingsinstrument. Het minimumloon is uiteraard ook een belangrijk herverdelingsinstrument, maar een wettelijk minimumloon heeft doorgaans directe invloed op de lonen van slechts een klein percentage werknemers.⁹¹ Buiten de WML heeft de wet geen directe invloed op de hoogte van de lonen.⁹² De WML bepaalt het minimum voor verdere individuele en collectieve onderhandelingen. De verdere herverdeling van middelen vindt met name plaats door middel van cao's. Cao-partijen zijn dus degenen die de lonen van de grootste groep werknemers kunnen beïnvloeden. Zij hebben een grote invloed op de mate van inkomensongelijkheid, maar ook op de arbeidsinkomensquote. Als bedrijven meer winst maken, kunnen in principe alleen de werknemers zelf of werknemersorganisaties de werkgevers 'dwingen' om de lonen te verhogen.⁹³ Het zijn met name de werknemersorganisaties die het inkomen van het kapitaal naar de arbeid (kunnen) spreiden.

We kunnen daarnaast zeggen dat cao-partijen van oudsher een eerlijke inkomensverdeling tussen de werknemers nastreven. Lonen worden in cao's veelal aan de hand van een functiewaarderingsysteem opgesteld. De salarissen zijn aan functies gekoppeld. Deze 'salaristabellen' geven niet alleen een minimumsalaris per functie(groep) weer, maar ook de periodieke salarisverhogingen en (meestal) een maximum salaris. Dit systeem zorgt voor meer transparantie én voor meer spreiding van de beloning. De cao is daarmee het instrument van standaardisering van loon- en arbeidsvoorwaarden bij uitstek geworden.⁹⁴ Standaardisering van arbeidsvoorwaarden zorgt ervoor dat concurrentie onder werknemers wordt voorkomen, althans dat deze vermindert, waardoor de werknemers beschermd worden, maar waardoor ook arbeidsonrust voorkomen kan worden. Door cao's algemeen verbindend te verklaren breidt de overheid de werking van de cao naar derden uit, waardoor de standaardsetting van arbeidsvoorwaarden wordt bevorderd.

Het arbeidsrecht beïnvloedt dus op deze manier de economische (on)gelijkheid, maar wel *indirect*. Met het recht om zich te verenigen, het recht om collectief te onderhandelen en het recht om collectief actie te voeren, krijgen de werknemers als collectiviteit macht.⁹⁵ Dit recht om collectief op te treden neemt een bijzondere plaats in tussen andere sociale grondrechten.

⁹¹ Het CBS meldt dat iets meer dan 6 procent van de 'werknemersbanen' in 2017 betaald werd volgens het minimumloon, <https://www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2019/08/vijftig-jaar-minimumloon>. In de verhuur en overige zakelijke diensten (binnen deze groep bevinden zich de uitzendkrachten) en de horeca zitten relatief de meeste banen op het minimumloon.

⁹² In dit kader is het ook interessant om de normering van de topinkomens in ogenschouw te nemen. De wetgeving op dit gebied (bijv. de WNT) lijken echter geen expliciete herverdelende motieven te hebben. Over de eventueel *onbedoelde* herverdelende effecten is nog weinig bekend.

⁹³ Zie ook de reactie van de Minister van SZW op de dalende arbeidsinkomensquote, *Kamerstukken II* 2017/18, 34 775-XV, nr. 111, p. 2.

⁹⁴ Zie bijv. M. Rigaux en T. van Peijpe, *Knelpunten in Nederlands en Belgisch cao-recht*, Reeks VvA 20, Alphen aan den Rijn 1994, p. 12.

⁹⁵ Deze rechten zijn als fundamentele rechten erkend in verschillende mensenrechtenverdragen. Zie bijv. art. 5 en art. 6 van het Europees Sociaal Handvest (ESH). De HR heeft in 1986 (*NJ* 1986, 688, NS-arrest) geoordeeld dat art. 6 lid 4 ESH rechtstreeks werkt in het Nederlandse recht en eenieder bindt. Er bestaan ook verschillende ILO-Verdragen op dit gebied, waarvan ILO-Verdrag nr. 87 betreffende de vakverenigingsvrijheid en Verdrag nr. 98 betreffende het recht op collectief onderhandelen de belangrijkste zijn.

Waar bij de meeste andere sociale grondrechten het individu centraal staat, stellen de collectieve rechten mensen juist in staat om *verenigd* (dus als een groep) *zelfgekozen* doelen na te streven.⁹⁶ Werknemers- en werkgeversorganisaties kunnen aan loonmatiging doen en zij kunnen de lonen (weer) laten stijgen. De strategieën van de afzonderlijke cao-partijen zijn beslissingen van autonome verenigingen. Wij weten echter dat de onderhandelingskracht van de werknemersorganisaties aan het dalen is. Dit is een goed gedocumenteerde ontwikkeling die niet alleen in Nederland plaatsvindt, maar ook in andere landen.⁹⁷ De afnemende macht van de werknemersorganisaties kan ons – ook uit het oogpunt van de groeiende ongelijkheid – terecht zorgen baren. Lange tijd is in Nederland getracht concurrentie op loonkosten te voorkomen, maar in de laatste jaren is er steeds meer concurrentie op loonkosten gaan plaatsvinden. Dit gebeurt met name door middel van inzet van atypische arbeid.

De ABU-cao schrijft sinds enkele jaren gelijke beloning van uitzendkrachten voor, wat in dit kader een goede ontwikkeling is. Daarnaast is er echter een groei van andere soorten flexibele arbeid, zoals via payroll en contracting, maar zeker ook via de inzet van zzp'ers. In die zin heeft het Hof van Justitie van de EU aan de zzp'ers een belangrijk herverdelingsinstrument ontzegd door te oordelen dat (echte) zzp'ers ondernemingen zijn en onder het bereik van het mededingingsrecht vallen.⁹⁸ Zij kunnen dus niet collectief onderhandelen zoals de werknemers dat kunnen, hoewel zij ook hun inkomen uit arbeid halen.⁹⁹

De onderhandelingskracht van de conventionele werknemersorganisaties is echter, zoals gezegd, aan het afnemen. Al met al lijkt de herverdelende functie van het collectieve arbeidsrecht daarmee zijn kracht te verliezen, zeker wanneer er concurrentie onder de vakbonden zelf ontstaat. Dat wil niet zeggen dat niet gezocht moet worden naar de manieren om de (met name sectorale) collectieve arbeidsvoorwaardenvorming te behouden en wellicht te versterken.¹⁰⁰ Het collectieve arbeidsvoorwaardenoverleg heeft bewezen de werking van markteconomie goed te kunnen ondersteunen én tegelijk de welvaart gelijkter te kunnen verdelen.¹⁰¹ Het is niet voor niets dat ook vooraanstaande economen de belangrijke rol van de vakbonden bij het verkleinen van ongelijkheid benadrukken. Het is echter de vraag of de vakbonden die rol in de toekomst zullen kunnen blijven vervullen. Voor de zelfstandigen lijkt de weg van het collectief onderhandelen over beloning juist afgesloten. Het is daarom van belang om de beginselen van 'gelijke beloning voor gelijk werk' en 'eerlijke verdeling van werkgelegenheid' die zo verbonden zijn met de eerlijke verdeling van de welvaart ook buiten de cao's (in wetgeving dus) beter uit te werken.

⁹⁶ Zie A. Supiot, 'The Labyrinth of Human Rights: Credo or Common Resource?' *New Left Review* 2003 nr. 21, p. 118.

⁹⁷ Zie bijv. F. Hendrickx, 'The Future of Collective Labour Law in Europe', *European Labour Law Journal* 2010 Vol. 1 No. 1, p. 59-79.

⁹⁸ HvJ 4 December 2014, C-413/13 (FNV Kiem).

⁹⁹ Een verschil met werknemers is natuurlijk dat lang niet alle zzp'ers afhankelijk zijn van één opdrachtgever.

¹⁰⁰ Er zijn in het verleden meerdere voorstellen gedaan om de collectieve belangenbehartiging anders in te richten, zie bijv. F. Grapperhaus, 'Over de legitimatie van de vakbond', in: Van der Heijden-bundel 2013, p. 37-49.

¹⁰¹ Zie bijv. A.B. Atkinson, *Inequality. What can be done?*, Harvard University Press 2015, p. 128-132.

5.2 Gelijke behandeling

In het arbeidsrecht is al (lang) het beginsel van gelijke beloning erkend,¹⁰² maar dat beginsel is niet absoluut in de zin dat het alle werknemers die gelijk werk verrichten recht geeft op dezelfde beloning. De wet verbiedt het maken van onderscheid in arbeidsvoorwaarden op grond van sekse, godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat – de zogenoemde verboden gronden.¹⁰³ In principe mag er bij de arbeidsvoorwaarden ook geen onderscheid worden gemaakt op grond van verschil in arbeidsduur of van het al dan niet tijdelijke karakter van de arbeidsovereenkomst, tenzij een dergelijk onderscheid objectief gerechtvaardigd is.¹⁰⁴ Ook uitzendkrachten moeten in principe gelijk worden behandeld, zo schrijft de Uitzendrichtlijn voor, maar die norm wordt niet strikt toegepast.¹⁰⁵ Bij cao's mag daarvan worden afgeweken zolang de gelijke behandeling in het algemeen in het oog wordt gehouden.¹⁰⁶ Zoals gezegd zijn de cao-partijen in de uitzendsector in Nederland gelijke beloning vanaf de eerste dag gaan voorschrijven, maar dit is niet altijd zo geweest. Daarnaast steunt het arbeidsrecht hier weer sterk op het collectieve overleg voor gelijke beloning.

Gelijke beloning voor gelijke arbeid is een norm die in het kader van goed werkgeverschap een rol kan spelen, maar ook andere omstandigheden kunnen daarbij een rol spelen. Het beginsel van gelijke beloning is in het kader van goed werkgeverschap niet doorslaggevend, aldus de Hoge Raad.¹⁰⁷ Kijkend naar de jurisprudentie over het gelijke beloningsbeginsel valt op dat er weinig zaken zijn. Volgens Van Slooten komt dit omdat het beginsel niet vaak wordt geschonden.¹⁰⁸ Het overgrote gedeelte van de beroepsbevolking wordt geregeerd door een cao, waarin “het gelijkheidsbeginsel vrijwel altijd volledig is doorgevoerd”.¹⁰⁹ We komen dus weer terug op collectief overleg. Er kunnen echter nog steeds beloningsverschillen bestaan ook wanneer de cao wordt toegepast. De vraag is daarnaast of dit beginsel – dat toch onderdeel is van non-discriminatie, een basiswaarde van het arbeidsrecht¹¹⁰ – voor zijn werking bijna volledig aan cao-partijen moet worden overgelaten. Via goed werkgeverschap krijgt het immers niet een sterke werking: slechts als er sprake is van willekeur zou men

¹⁰² Reeds in 1975 is een Richtlijn over gelijke beloning van mannen en vrouwen uitgevaardigd, Richtlijn 75/117/EEG. De voorganger van de Wet Gelijke Behandeling van Mannen en Vrouwen (WGBMV) was de Wet Gelijk Loon voor Mannen en Vrouwen uit 1975. Het gelijkeloonbeginsel is in verschillende internationale verdragen erkend. Zie m.n. art. 7 (a) sub i Internationale Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten (IVESCR). In 1994 werd voor het eerst door de Hoge Raad een ‘algemeen’ gelijkheidsbeginsel aanvaard, dus ook in gevallen waarbij geen sprake is van een onderscheid op een verboden grond, HR 8 april 1994, NJ 1994/704 (Agfa/Schoolderman).

¹⁰³ Art. 7:646 BW, art. 7 WGBMV, art. 5 Algemene Wet Gelijke Behandeling.

¹⁰⁴ Art. 7:648 en 7:649 BW.

¹⁰⁵ Uitzendrichtlijn 2008/104/EG.

¹⁰⁶ Art. 5 lid 3 Uitzendrichtlijn 2008/104/EG.

¹⁰⁷ HR 30 januari 2004, NJ 2004/536 (Parallel Entry/KLM).

¹⁰⁸ Dit is een assumptie die absoluut niet bewezen is. Bewijslast is in dit soort zaken immers een groot probleem, net als het feit dat de meeste werknemers niet zullen procederen als ze nog in loondienst zijn.

¹⁰⁹ J. Van Slooten, ‘Non-discriminatie als basiswaarde in het sociaal recht’, in: Van der Heijden-bundel 2013, p. 59.

¹¹⁰ Ook Van Slooten komt tot die conclusie, zie Van Slooten 2013, p. 61-62.

kunnen concluderen dat het gelijke beloningsbeginsel zwaarder weegt.¹¹¹ In vrijwel alle andere gevallen gaat contractsvrijheid voor.

De basiswaarde non-discriminatie heeft echter nog een ander gezicht, namelijk de gelijke behandelingswetten die onderscheid op de daar aangegeven gronden verbieden.¹¹² In het kader van de groeiende economische ongelijkheid zijn ook deze antidiscriminatiewetten zeer van belang. Aangezien de meesten van ons afhankelijk zijn van werk (in loondienst) als onze belangrijkste bron van inkomen, is de verdeling van banen door werkgevers hét belangrijkste distributiemechanisme in de samenleving.¹¹³ Antidiscriminatiewetten zijn ook met andere basiswaarden verbonden, zoals menselijke waardigheid en sociale inclusie. Het is dus uitermate belangrijk dat iedereen gelijke kansen op en toegang tot betaald werk heeft. Het blijkt echter uit allerlei onderzoeken dat dit nog steeds niet de realiteit is. Zelfs uitzendwerk is voor sommige groepen werknemers veel moeilijker te bemachtigen dan voor andere groepen.¹¹⁴ De gelijke behandelingswetten functioneren echter niet optimaal.¹¹⁵ Zij verdienen een betere inbedding in het arbeidsrecht. Men kan hier denken aan het verzwaren van de sanctionering en het geven van rechtsprekende bevoegdheid aan het College voor de Rechten van de Mens.

5.3 Regulering van flexibele arbeidsovereenkomsten

De groei van atypische of non-standaard arbeidsrelaties is genoemd als een van de aanjagers van de groeiende economische ongelijkheid.¹¹⁶ We realiseren ons inmiddels terdege dat de arbeidsrechtelijke bescherming en een groot deel van de sociale zekerheid aan de arbeidsovereenkomst zijn gekoppeld. De verwezenlijking van een groot aantal sociale *grondrechten* is zelfs gekoppeld aan het werken in loondienst. Steeds vaker worden er voorstellen gedaan om de sociale bescherming los te koppelen van het werken in loondienst.¹¹⁷ Dat de arbeidsrechtelijke bescherming beperkt is tot de arbeidsovereenkomst en dat daarmee bijvoorbeeld zzp'ers buiten die bescherming vallen, is een sinds lange tijd erkend probleem.¹¹⁸ Maar ook *binnen* het bereik van het arbeidsrecht zien we een toename van atypische arbeidscontracten die doorgaans minder bescherming bieden dan de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Verschillende maatregelen zijn genomen om de positie van de atypische (of flexibele) werknemers te verbeteren. Hoe pakken deze maatregelen uit in het licht van de economische (on)gelijkheid?

¹¹¹ Ibid, p. 58.

¹¹² Ibid, p. 51-62.

¹¹³ H. Collins, 'Discrimination, Equality and Social Inclusion', *Modern Law Review* 2003 Vol. 66 Nr. 1, p. 29.

¹¹⁴ D. Mebius, 'Radar laat zien: discriminatie bij uitzendbureaus is hardnekkig als onkruid. Hoe los je zoiets op?' *De Volkskrant* 30 januari 2018.

¹¹⁵ Zie bijv. Van Slooten 2013, p. 62.

¹¹⁶ OESO, *In it together: Why less inequality benefits all. Overview of inequality trends, key findings and policy directions*, OECD Publishing, Paris 2015, p. 28; DNBulletin: 'Flexibilisering arbeidsmarkt gaat gepaard met dalende arbeidsinkomensquote', 1 februari 2018, <https://www.dnb.nl/nieuws/nieuwsoverzicht-en-archief/DNBulletin2018/dnb372062.jsp>.

¹¹⁷ Zie bijv. S.S.M. Peters en W.L. Roozendaal, 'Vrijheid, gelijkheid en broederschap op de arbeidsmarkt van de 21e eeuw' *TRA* 2017/84.

¹¹⁸ Zie bijv. Mundlak 2011, p. 315-328.

Bij de totstandkoming van de Wet Werk en Zekerheid (WWZ) constateerde de regering dat de mogelijkheden die het huidige ‘flexrecht’ biedt aan werkgevers om werknemers in dienst te nemen op basis van een flexibel contract in toenemende mate op een oneigenlijke manier gebruikt lijken te worden.¹¹⁹ Een van de doelen van de WWZ was dan ook om dit ‘oneigenlijk gebruik van flexibele arbeid’ tegen te gaan.¹²⁰ Daaronder verstaat de wetgever ‘constructies waarbij sprake is van het structureel en langdurig inzetten van een werknemer op basis van een flexibel contract’ waarbij weinig perspectief is op een verbetering van de positie op de arbeidsmarkt.¹²¹ Dit komt in grote lijnen overeen met hoe in de EU de problematiek rond de flexibele arbeid wordt benaderd. In de Europese Pijler van Sociale Rechten¹²² – die ervoor moet zorgen dat de sociale rechten op nationaal niveau worden versterkt¹²³ – wordt gesproken over *misbruik* van flexibele contracten.¹²⁴ Zowel de Pijler als de WWZ wilden de overgang naar arbeidsrelaties voor onbepaalde duur bevorderen.¹²⁵ Het doel van de WWZ met betrekking tot de flexibele arbeid wordt dikwijls samengevat als: meer werknemers in vaste dienst.¹²⁶

Een van de belangrijkste manieren om de doorstroom naar vast werk te bevorderen is door een limiet te stellen aan het gebruik van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. De raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd (als vervat in Richtlijn 1999/70/EG) geeft de lidstaten de keus uit een of meer van de volgende maatregelen: a) vaststelling van objectieve redenen die een vernieuwing van dergelijke overeenkomsten of verhoudingen rechtvaardigen; b) vaststelling van de maximale totale duur van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen voor bepaalde tijd; c) vaststelling van het aantal malen dat dergelijke overeenkomsten of verhoudingen mogen worden vernieuwd. Nederland heeft voor een combinatie van maatregelen b en c gekozen wat resulteert in de ‘de ketenregeling’ van artikel 7:668a BW. Zoals bekend heeft de WWZ de ketenregeling aangepast. De maximumtermijn van de ketenbepaling is teruggebracht van drie naar twee jaar.¹²⁷ De tussenpoos waarbinnen contracten als opeenvolgend worden gezien, is verlengd van drie maanden naar zes maanden. Het maximum van drie tijdelijke contracten blijft

¹¹⁹ *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 818, nr. 3 (MvT), p. 4.

¹²⁰ Zie bijv. *Kamerstukken I* 2013-2014, 33 818, nr. C, p. 27.

¹²¹ *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 818, nr. 3 (MvT), p. 10.

¹²² Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio’s van 26 april 2017, *Establishing a European Pillar of Social Rights*, COM(2017) 250 def. Zie met name het werkdokument van de diensten van de Commissie waarin nadere uitleg wordt gegeven over elk van de beginselen en ‘rechten’, SWD(2017) 201 def.

¹²³ De Pijler is (voorlopig nog) geen bindend instrument; de rechten in de Pijler vereisen een vertaling naar wetgevende of niet-wetgevende initiatieven op het niveau van de EU en de lidstaten. De Pijler wil echter een zekere richting geven waarin het beleid van de lidstaten dient te evolueren. Zie E. De Becker & P. Schoukens, ‘De Europese Pijler van Sociale Rechten: een eerste evaluatie’, *TRA* 2017/86.

¹²⁴ Hoofdstuk II, artikel 5 (Veilige en flexibele werkgelegenheid) onder d van de pijler luidt: ‘Arbeidsrelaties die leiden tot onzekere arbeidsvoorwaarden worden voorkomen, onder meer door een verbod op misbruik van atypische arbeidsovereenkomsten. Een proeftijd moet een redelijke tijdsduur hebben.’

¹²⁵ Artikel 5 onder a Europese Pijler van Sociale Rechten.

¹²⁶ Zie bijv. N. Muselaers, D. van Vuuren en B. ter Weel, ‘Accepteer een flexibelere arbeidsmarkt – en pas instituties aan’, in B. ter Weel e.a., *De flexibele arbeidsmarkt in beweging*, Den Haag: Sdu 2016, p. 9. Veel schrijvers hebben grote twijfels geuit met betrekking tot dit doel. Zie bijv. S.F. Sagel, ‘One issue’, *TRA* 2017/13.

¹²⁷ Na de inwerkingtreding van de Wet arbeidsmarkt in balans zal de maximumtermijn weer drie jaar zijn.

bestaan. Volgens de wetgever behoren de werkgevers na twee jaren een goed beeld te hebben van de mogelijkheden voor het aanbieden van een vast contract.¹²⁸ De nieuwe ketenregeling zorgt ervoor dat de werknemer eerder duidelijkheid (of zekerheid) heeft over de continuering van zijn arbeidsovereenkomst, maar zij brengt niet per definitie eerder een contract voor onbepaalde tijd in beeld.

Het is volkomen geoorloofd om na afloop van de maximale periode van de ketenregeling afscheid te nemen van de bewuste werknemer en een nieuwe werknemer voor hetzelfde werk in dienst nemen, waarbij een nieuwe ketenregeling gaat lopen.¹²⁹ Met name in sectoren waar werknemers makkelijk vervangbaar zijn en waar de inwerkkosten laag zijn, zal dit een reële optie zijn voor de werkgevers. Terecht merkt Veldman op dat door de wet niet wordt voorkomen dat, daar waar de aard van het werk of de sector het mogelijk maakt dat tijdelijke contracten de hoofdregel zijn omdat personeel gemakkelijk inwisselbaar is (horeca, call centers, supermarkten, schoonmaak, enzovoort), werknemers in die sector toch min of meer structureel op tijdelijke contracten kunnen zijn aangewezen, zij het niet voor dezelfde werkgever.¹³⁰ Wetgeving gericht op het tegengaan van misbruik van tijdelijke contracten verandert hier niets aan, omdat die alleen geldt wanneer de werknemer bij één werkgever blijft. Er zijn inderdaad sectoren waar tijdelijke contracten na drie keer niet meer worden verlengd, terwijl nog voor de afloop daarvan wordt geworven voor een nieuw personeelslid op tijdelijke basis voor dezelfde functie.¹³¹

De wetgever constateert zelf dat het gevaar van oneigenlijk gebruik vooral bij werknemers met een zwakkere arbeidsmarktpositie speelt.¹³² Tijdens de behandeling in de Eerste Kamer wordt opgemerkt dat de kans dat een tijdelijk contract wordt omgezet in een vast dienstverband afhankelijk is van het type werk en het type werknemer die dat werk vervult. Het is waarschijnlijk dat hoger opgeleide mensen dan wel mensen in sectoren waar veel vraag is naar arbeidskrachten (zoals techniek) moeilijker inwisselbaar zijn, omdat zij vaker werk verrichten waarin zij specifieke kennis en competenties opbouwen en daardoor schaars zijn.’ De wetgever vervolgt echter verder door op te merken dat ‘dit verschil in positie tussen hoog- en laagopgeleiden en een daarmee samenhangend kleiner werknemersaanbod respectievelijk groter aanbod van alle tijden is en staat in de visie van de regering los van de maximale termijn van de ketenbepaling’.¹³³

Het ging de wetgever bij de totstandkoming van de WWZ, met andere woorden, om het terugdringen van langdurig verblijf in tijdelijke contracten en niet om het terugdringen van

¹²⁸ *Kamerstukken II 2013-2014*, 33 818, nr. 3 (MvT), p. 15 en 95.

¹²⁹ Zie ook N. Zekić, ‘Flexibele arbeid en de Wwz’ in: F.J.L. Pennings & L.C.J. Sprengers (red.), *De Wet werk en zekerheid (Monografieën Sociaal Recht nr. 72)*, Deventer: Kluwer 2018, p. 153-181.

¹³⁰ A.G. Veldman, ‘Europese bescherming in geval van tijdelijk dienstverband: barrière voor een flexibele arbeidsmarkt?’ *SMA* 2007, p. 92.

¹³¹ De kantonrechter in Rotterdam oordeelde in een dergelijk geval dat het de werkgever vrij staat om vanwege fluctuerende bedrijfsresultaten te kiezen voor een beleid waarbij veelal gewerkt wordt op basis van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Ktr. Rotterdam 3 augustus 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AY5983.

¹³² *Kamerstukken II 2013-2014*, 33 818, nr. 3 (MvT), p. 10.

¹³³ *Kamerstukken I 2013-2014*, 33 818, nr. C (MvA), p. 25.

het verschil in arbeidsmarktpositie tussen hoog- en laagopgeleiden. De redistributieve effecten van de ketenregeling – één van de belangrijkste juridische instrumenten om bescherming te bieden aan werknemers met tijdelijke contracten – zijn dus minimaal. Vanuit het oogpunt van redistributie zal het vermoedelijk ook niet veel uitmaken of de ketenregeling twee of drie jaar duurt. De werknemers die aangewezen zijn op werk in de sectoren waar min of meer structureel wordt gewerkt met tijdelijke contracten hebben dus de minste profijt van de maatregel die beoogt hun positie te verbeteren. Niet toevallig zijn dit vaak laagbetaalde sectoren. Het is tevens het type werk dat vaak wordt uitbesteed door grote bedrijven of (overheids)organisaties.

6. Conclusies

Herverdeling is een enigszins vergeten, maar zeer belangrijke functie van het arbeidsrecht. Distributieve rechtvaardigheid is de grondslag van deze functie. Het arbeidsrecht (her)verdeelt middelen, macht en risico's om de ongelijke onderhandelingspositie tussen de werknemer en de werkgever te compenseren. Het is sterk verbonden met ongelijkheidscompensatie, toch kan het nuttig zijn om de focus specifieker op redistributie te leggen. Het wordt dan duidelijker dat het arbeidsrecht zijn bestaande instrumenten beter kan inzetten om een eerlijkere verdeling van de welvaart tussen werkgevers en werknemers, maar ook tussen werknemers onderling, te bevorderen. Het denkkader voor arbeidsrechthervorming is tegenwoordig met name gericht op (sociale) risico's. Dat is natuurlijk prima, maar het is wel beperkt. Het is goed als we een breed, universeel fundament voor inkomensbescherming hebben van alle werkenden, maar alleen het dekken van risico's zal de groeiende ongelijkheid maar beperkt tegengaan. Wat nodig is, is het versterken van de positie van sectorale arbeidsvoorwaardenvorming. Het is echter onverstandig om voor redistributie alleen op het (oude) cao-recht te blijven leunen. Onze gelijke behandelingswetgeving moet meer op de voorgrond treden. De norm van gelijke beloning voor gelijk werk zou ook buiten de cao's versterkt moeten worden. Door de focus op redistributie te leggen wordt verder duidelijker dat het arbeidsrecht in onvoldoende mate 'grip' heeft op de 'versplintering' van arbeidsorganisaties doordat taken steeds meer worden uitbesteed. Ook wordt het helderder dat de bestaande beschermende regels rondom flexibele arbeid tekortschieten juist bij de meest kwetsbare groep op de arbeidsmarkt en dat zij minimale effecten hebben op de stijgende welvaarts- en inkomensongelijkheid. Zij zorgen er niet voor dat flexibele contracten inderdaad alleen voor flexibel en niet voor structureel werk gebruikt worden. De belangrijkste toegevoegde waarde van het benoemen van redistributie als één van de doelen van het arbeidsrecht zou echter zijn dat bij hervormingen steeds gekeken wordt hoe de regulering van de arbeidsmarkt uitpakt in herverdelende zin door steeds de vraag te stellen: wie profiteert ervan en wie wordt verwaarloosd?¹³⁴

¹³⁴ Zie ook G. Mundlak, 'The Third Function of Labour Law: Distributing Labour Market Opportunities among Workers', in G. Davidov & B. Langille (red.), *The idea of labour law*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 322.